

LA CARGA INVERTIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN JUDICIAL: DIÁLOGO JURISDICCIONAL EN LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN SECUNDARIA¹

Abraham Zamir Bechara Llanos²

Resumen

La carga invertida de los derechos fundamentales, se evidencia como un procedimiento de creación judicial, estructurado en los modernos Estados constitucionales. Se hará una especial referencia al modelo europeo de justicia constitucional, como establecimiento del garantismo secundario, a partir ya no solo y exclusivamente desde la protección judicial de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, sino como creación judicial de las mismas disposiciones iusfundamentales, por parte del Juez Constitucional. Estableceremos para nuestro cometido, una lectura del modelo colombiano de justicia constitucional, configurándose como nuestra estructura teórica y un desarrollo practico-procedimental. La estructura practica-procedimental se erige en torno al modelo de adjudicación ampliado o extensivo de aplicación del derecho, a partir de la interpretación de los derechos fundamentales, sumada a la argumentación iusfundamentales constitucional, escenario construido principalmente en el marco europeo. Finalmente realizaremos un dialogo comparativo entre los modelos de justicia constitucional de España y Colombia. En esta ponencia presentaremos tres tópicos fundamentales a saber. (i). La carga invertida de los derechos fundamentales como fenómeno jurídico. (ii). La carga invertida de los derechos fundamentales como procedimiento de creación judicial del derecho. (iii). Diálogos jurisdiccionales en la garantía secundaria de protección de las normas iusfundamentales: marco España y Colombia.

1. La carga invertida de los derechos fundamentales como fenómeno jurídico

La carga invertida de los derechos fundamentales muestra las bases de una propuesta teórica, que presenta una lectura de la realidad de las disposiciones iusfundamentales en el sistema jurídico colombiano, en su tratamiento como normas jurídicas de principio y desde su trato y desarrollo en el paradigma del Estado constitucional³ desde su visión garantista o garantismo.

¹ La presente ponencia corresponde a un avance de la Tesis Doctoral, *La carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia: diálogos entre el constitucionalismo comparado en los modelos de interpretación español e italiano*, en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Bajo la Dirección del Prof. Dr. Joan Lluís Pérez Francesch y la Co-dirección de la Profra. Dra. Viridiana Molinares Hassan.

² Doctorando en Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Magister en Derecho *Magna Cum Laude* de la Universidad del Norte. Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia. Profesor Investigador Tiempo Completo del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, en las asignaturas de Historia del Derecho e Interpretación constitucional y Legal. becharaa@uninorte.edu.co

³ Al respecto en una defensa *antipositivista* del establecimiento del Estado constitucional en los sistemas jurídicos contemporáneos, cabe resaltar los desarrollos de la profesora Mónica Lopera: “la lección dejada por

Pues la carga invertida de los derechos fundamentales hace posible una “conciliación teórica” entre el *constitucionalismo*⁴ defendido por Alexy y el *garantismo*⁵ construido por Ferrajoli, en las líneas que se presentan a continuación intentaremos mostrarlo.

Es importante empezar estas líneas indicando que nos apoyamos para construir esta tesis en dos teóricos del derecho contemporáneo de suma importancia, en un primer lugar en los trabajos de Luigi Ferrajoli en su *teoría del garantismo* dentro del *paradigma del Estado constitucional* y en un segundo momento en Robert Alexy en su *tesis de la injusticia legal* como crítica a la propuesta del *legalismo* frente a los desarrollos del *constitucionalismo* y su concepción del modelo de sistema jurídico formado por *reglas, principios y procedimientos*⁶.

Proponemos la tesis de la *carga invertida de los derechos fundamentales*, ¿porque la llamamos así? La denominamos como carga invertida de los derechos fundamentales porque en el *constitucionalismo*

la experiencia del nacionalsocialismo será determinante para que a partir de la segunda posguerra se asista a una rehabilitación del derecho en el afán de consumir la ruptura con el pasado reciente y suplir el déficit de legitimidad que a partir de entonces se instala y cronifica en los ordenamientos jurídicos. Esta recuperación de la razón jurídica se caracterizará por un marcado acento *antipositivista*, predominando en algunos autores una vuelta al iusnaturalismo o, cuando menos, el rechazo a la tradición formalista forjada por el positivismo para en su lugar conceder mayor importancia a la vinculación del derecho a contenidos axiológicos como fundamento de su validez”. (p.28). Lopera, M. (2004). *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Área de teorías del derecho escuela de derecho – Universidad Eafit. Medellín, Colombia.

⁴ El constitucionalismo Alexyano se centra en la aplicación de las modernas constituciones democráticas, específicamente las normas que contienen derechos constitucionales, y en un sentido más concreto las normas de derechos fundamentales. Alexy (2003) destaca que todas las Constituciones modernas que apelan al carácter *democrático*, contienen principalmente esos dos tipos de normas, las que tienen una función en la adjudicación del derecho, y las segundas que se identifican en el escenario de lo público o lo político: “Modern democratic constitutions comprise two classes or categories of norms. The first class contains norms that constitute and organize legislation, adjudication, and administration. The central theme of these norms is empowerment. The second class contains norms that constrain and direct public power. Norms conferring constitutional rights are most prominent here. This dichotomy seems to be universally valid, at least in the universe of democratic constitutions”. (p. 131). Alexy, R. (2003). *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June. pp.131–40.

⁵ El garantismo Ferrajoliano parte de la premisa iusfilosóficas de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, como muestra de la defensa de Ferrajoli (2006, p. 29).) de un positivismo jurídico en el constitucionalismo de corte garantista que propone, sobre este primer punto tanto Alexy como Ferrajoli son antagónicos en la defensa de uno y otro modelo, dado que la conexidad teórica va a estar dada no en la fase Metateórica de sus postulados centrales en el Garantismo de Ferrajoli y el Constitucionalismo de Alexy. sino en la tercer fase de análisis de sus postulados fundamentales, nos referimos a la de teoría constitucional y teoría de los derechos fundamentales. las técnicas de garantía de Ferrajoli siempre apuntarán a la aplicación correcta de los derechos fundamentales por la tríadica del ejercicio del poder público, ejecutivo, legislativo y judicial. Y Alexy propenderá por un constitucionalismo de los derechos fundamentales donde el juez constitucional y los Tribunales Constitucionales tendrán la defensa y judiciabilidad práctica de esta categoría esencial, para el establecimiento de las democracias modernas. En: Ferrajoli, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁶ Alexy (2004) presenta un modelo de sistema jurídico de reglas, principios y procedimientos. Donde identifica que los procedimientos dentro del concepto de razón práctica, permitirán asegurar la racionalidad en la aplicación del derecho y por ende la racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales: “los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser solo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado <<modelo reglas/principios/procedimiento>>”. (pp. 173-174). En: Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

colombiano los derechos fundamentales soportan un fenómeno de protección y amparo invertido desde las garantías secundarias⁷ de los derechos, esto es desde las garantías que proporciona el poder judicial o la rama judicial del poder público en Colombia.

Luigi Ferrajoli en su teoría del *garantismo*⁸ dentro del *paradigma del Estado constitucional* indica que existen dos tipos de garantías a las que él llama *garantías primarias* o de primer orden y *garantías secundarias* o de segundo nivel. Así las cosas para mostrar que el desconocimiento de las garantías de los derechos fundamentales dentro de disposiciones iusconstitucionales de superior jerarquía, sería como afirmar que no existen los derechos aunque estos estén consagrados en la Constitución, que para fines de este estudio podemos traer a colación los principios constitucionales, su desconocimiento no solo configuraría el no reconocimiento material de los mismos por medio de cualquier acción de amparo o tutela, sino la desconfiguración o desregulación formal en términos de garantismo desde la misma Constitución o cuerpo normativo fundamental.

En este orden teórico-conceptual nuestra *teoría de la carga invertida* se configura de la siguiente manera: (i). en un primer plano los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del *constitucionalismo* como superación del *legalismo*⁹ se debe posicionar por el reconocimiento de las

⁷ Ferrajoli (2006) destaca que el control concentrado de constitucionalidad cumple un papel más importante que el control de constitucionalidad difuso, sobre el establecimiento del garantismo secundario, primero como garantía negativa secundaria, y luego como garantía secundaria en estricto sentido: “las *garantías constitucionales negativas secundarias*, consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden ser más o menos incisivas. Históricamente, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes: a) el control difuso, implantado en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, consistente en la inaplicación en el caso decidido —pero no en la anulación— de la norma inconstitucional, (...) b) el control concentrado, implantado en Italia y en muchos otros países europeos en la segunda posguerra sobre la base del modelo kelseniano adoptado por la Constitución austríaca de 1920, consistente en la anulación de las normas de ley inconstitucionales, reservada a una Corte constitucional —investida para resolver controversias como lo hace un juez en el curso de un juicio— cuando se trate de una cuestión relevante y no manifiestamente infundada. (pp. 26-27). Ferrajoli, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31.

⁸ El modelo garantista no solo va estar sujeto a la defensa del positivismo jurídico en tiempos de posguerra como reivindicación teórica de dicha corriente del pensamiento iusfilosófico, sino más bien a lo que en palabra de Ferrajoli (2010) y defendido en su propuesta del paradigma garantista dentro del concepto amplio de Estado constitucional, precisamente a la sujeción del derecho a la Constitución y en la defensa misma de los derechos fundamentales: “Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho.” p. 19. En: Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

⁹ Alexy (2004) critica el modelo del *legalismo* como un modelo de sistema jurídico puro de reglas, es decir; donde única y exclusivamente en la configuración normativa existan normas tipo regla, para la adjudicación del derecho y para la concreción inclusive de las normas constitucionales. “Alexy presenta cuatro formulas del modelo legalista del derecho, que se opone o rechaza al modelo del constitucionalismo: (1) norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.”(p. 160). Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

garantías primarias en el desarrollo de políticas públicas tendientes a la promoción, socialización y abierta participación de la concreción de las disposiciones iusfundamentales por parte de la rama ejecutiva del poder público. (ii). como *desarrollo legislativo de los derechos* por parte del Congreso de la Republica en la superación del *paradigma legalista* del Estado de derecho liberal y de tradición decimonónica. Y en tercer lugar (iii). Como herramienta especial en la consolidación del Estado constitucional colombiano proponiendo el funcionamiento de los *límites competenciales del legislador* en favor de los márgenes de acción para el juez supremo constitucional en Colombia como lo es nuestra Corte Constitucional.

2. La carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia como procedimiento de creación judicial del derecho

En este orden conceptual, *la carga de los derechos* cobra una especial importancia en temas donde se demuestra que el debate no es solo estrictamente en términos jurídicos sino que <<integra elementos morales a la discusión del derecho>> como los derechos de la comunidad LGBTI, en torno a las uniones entre parejas del mismo sexo y los derechos de adopción sobre menores. Los procedimientos para practicar la eutanasia, el aborto. Temas como la ablación femenina en comunidades indígenas y ancestrales, la respuesta del Estado y la administración ante la violencia sistemática contra las mujeres, el trato diferencial de los consumidores de sustancias estupefacientes, o que generen algún reproche moral-social como la marihuana y su aplicación en condiciones medicinales, referentes de base solo para tocar algunos tópicos centrales de la discusión y dilemas iusconstitucionales en Colombia.

Sobre esta misma base podríamos pensar que la idea de *Estado constitucional* es de novísima construcción en Colombia, así como en los modelos de sistemas jurídicos donde se gestaron estas concepciones principalmente en el contexto de la Europa continental y en el derecho anglosajón. Siguiendo además la apreciación de poder considerar que el Estado constitucional nace después de la segunda posguerra especialmente gracias a los desarrollos de los Tribunales Constitucionales. Pero bien no es del todo cierta tal comprensión del establecimiento verdadero del Estado constitucional en el derecho de nuestros tiempos. En este sentido cabe resaltar la propuesta de la profesora Molinares (2013) en cuanto a las primeras manifestaciones por la materialización del Estado constitucional especialmente en el siglo XVIII cuando el *legalismo* estaba en su plena hegemonía:

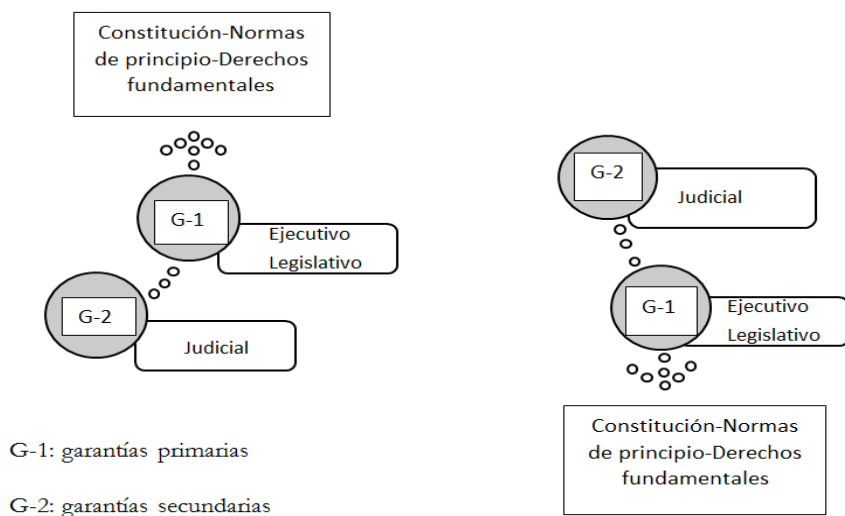
La idea del Estado constitucional no es reciente. En el marco de las revoluciones liberales burguesas del siglo XVIII se expidieron, bajo el influjo de la ilustración, las primeras constituciones en Europa; pero estas se encontraron limitadas por un poder más fuerte que ellas: la omnipotencia, omnisapiencia y exactitud del legislador. (p. 246).

Finalmente siguiendo a Ferrajoli, nos indicara que las garantías de segundo orden o secundarias son aquellas que desarrolla el poder judicial tendiente al reconocimiento en *vías de judiciabilidad de los derechos* inalienables del ser humano como condición subsidiaria-complementaria del primer proceso de garantías en su primera etapa. En Colombia las garantías se invierten y las secundarias o judiciales se convierten por excelencia en las primarias ya que es gracias a los plenos poderes

de protección y reconocimiento que tiene el juez de tutela que el ciudadano puede verse visto amparado bajo la tutela en algunos casos efectiva de los derechos fundamentales:

(...) La función garantista que podría desempeñar en el futuro una Carta de bienes fundamentales o comunes, sustraídos al mercado y protegidos por adecuadas garantías de inviolabilidad. En efecto, el derecho es solo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis. (Ferrajoli, 2006, p. 43).

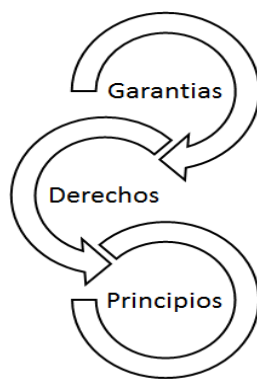
A continuación proponemos una gráfica que ilustra *la tesis de la carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia*



Grafica 1: fuente propia.

La gráfica de la carga invertida de los derechos fundamentales describe como las *normas de principio* como normas de superior jerarquía emanadas directamente de la Constitución, no son normas extra-sistémicas como se pensó en algún momento y desde los *críticos positivistas* a la vista de los principios en clave de iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, los derechos fundamentales invierten su carga perdiendo su *ingeniería constitucional* e invierten el sentido estructural sistémico dentro del ordenamiento jurídico colombiano, En lo que configura una *falla sistémica de garantía funcional de los derechos*. Entendiéndola como la imposibilidad de reconocimiento pleno, uso, goce y disfrute de los derechos más esenciales con los que un ciudadano dentro de un orden dado debe contar.

También presentamos la gráfica que responde a lo que denominamos *falla sistémica de garantía funcional de los derechos*:



Grafica 2: fuente propia.

Lo que genera esta <<falla sistémica>>, es la *lectura equivocada de la realidad* de la actividad judicial, en el desarrollo de los principios como mandatos constitucionales de especial jerarquía esto es, que la idea de reducir la *discrecionalidad judicial* del fallador en su labor de administrar justicia en los *planos concretos* sea aún más difícil, tendiendo a confundirse con un *garantismo-herculiano*¹⁰, un *activismo judicial* o una plena identificación de la *fuerza efectiva* del *neoconstitucionalismo*. Es decir aun con la construcción de la *sub-regla* de la Corte Constitucional, la idea de llevar de una *abstracción sobre-dimensionada* de las normas de principio a una concreción material efectiva de los mismos, frente a colisiones entre derechos fundamentales desde la *técnica del precedente judicial*, resulta también quimérica ya que mediante el *control difuso de constitucionalidad* todos los jueces de la república en *sede de tutela* realizan control constitucional y un control que llamamos *especialísimo de constitucionalidad* o que desde la filosofía y teoría del derecho podemos denominar *casos trágicos de constitucionalidad*, porque a veces existen controversias jurídicas en las que para construir la norma resulta innecesario acudir al precedente constitucional de la Corte, toda vez que ni la misma doctrina constitucional indica el reconocimiento pleno del derecho o los derechos a los que el *actor de tutela* aspira a lograr su reconocimiento de amparo por vía de protección tutelar. ‘Esta falla’ se resuelve en su *fase teórica* haciendo una lectura del *constitucionalismo* o *neoconstitucionalismo*, no como una etapa de superación absoluta del *legalismo* o *positivismo jurídico* sino más bien, como un *ciclo de reforzamiento* a la idea de *Constitución liberal* dotándola de nuevas herramientas, esto sí desde la *pedagogía constitucional* (en el caso de Colombia, que evidencia el art. 41. C. N.), frente a la aplicación judicial de las nuevas normas constitucionales (normas tipo principio), en este sentido se estructura en nuestra defensa los desarrollos del profesor Aragón (2013):

(...) Ese desarrollo del constitucionalismo no supuso, ni mucho menos, el abandono de su sentido originario, sino su reforzamiento. Por eso las transformaciones aludidas no ponen en cuestión la

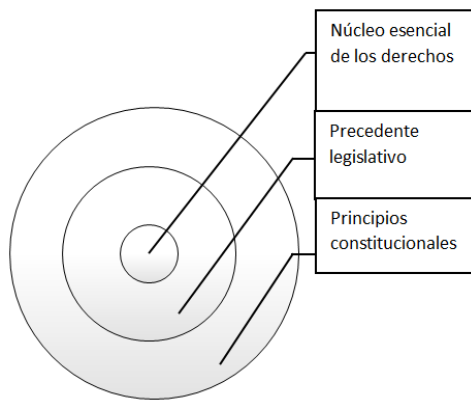
¹⁰ Sobre los excesos del discurso principialístico es importante destacar la crítica del profesor Botero respecto a la actividad de los valores y principios en el sistema jurídico colombiano: “la jurisprudencia de valores y el discurso principialístico han pretendido (con diferentes matices, dependiendo de cada autor) dar una solución tan radical como el formalismo: la mitificación o la sobredimensionalidad del juez (quien se asume como un Hércules) y la desconfianza al derecho escrito, siendo puesto este último en un segundo plano frente a unos principios y/o valores, indeterminados en cuanto su contenido, a pesar de que afirmen los seguidores de tales teorías que no hay tal recelo, en tanto son, según ellos, entidades objetivas que pueden ser aprehendidas por los operadores jurídicos de manera más o menos igual”. (p. 37). En: Botero, A. (2006). *Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores)*. Opinión Jurídica, V. 5, No. 9 - Enero-junio - Medellín, Colombia. pp. 33-61.

idea genuina de Constitución: una norma fundamental que limita los poderes del Estado con el objetivo de garantizar la libertad de los ciudadanos. Por ello, ni hicieron desaparecer la división de poderes (aunque la convirtieron en más compleja) ni los controles del poder llamados a impedir la arbitrariedad, ni crearon zonas de impunidad del poder no sometidas a la limitación. El “nuevo constitucionalismo”, así entendido, conservaba, en todos sus aspectos los principios esenciales del Estado de derecho. (p. 5).

En la carga invertida de los derechos fundamentales específicamente se generan tres sub-fallas en la lectura del sistema jurídico colombiano desde la perspectiva básica de los *sistemas jurídicos constitucionalizados*. (i). La primera la llamamos la sub-falla *de la no esencialidad de los derechos* donde la búsqueda del núcleo esencial del derecho fundamental bajo los criterios de exigibilidad y judicialidad de los derechos a todos los poderes públicos del Estado y al reconocimiento por particulares resulta ineficiente. (ii). La segunda la denominamos como *el núcleo de generalidad de los principios constitucionales*. Donde la generalidad de los principios en sus *campos de acción específico* no permite, la construcción de la respuesta correcta por parte del fallador. (iii). la tercera y última sub-falla como la *no superación de la fundamentalidad judicial de la disposición iusprincipial*. Donde el principio constitucional no logra convertirse por vía de reconocimiento judicial como verdadero derecho fundamental.

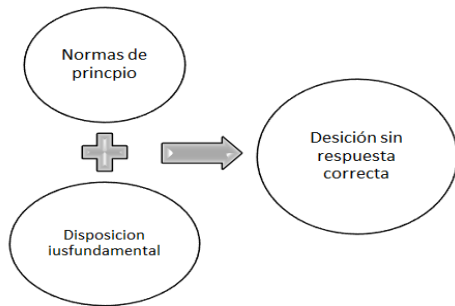
Presentando igualmente tres gráficas para ilustrar la propuesta teórica:

1. Sub-falla de la no esencialidad de los derechos.



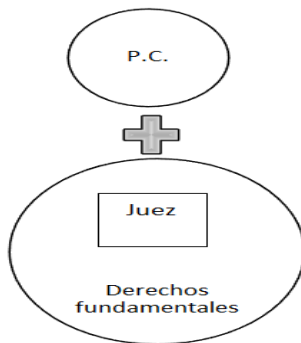
Grafica 3: fuente propia.

2. Sub-falla el núcleo de generalidad de los principios constitucionales.



Grafica 4: fuente propia.

3. Sub-falla la no superación de la fundamentalidad judicial de la norma de principio.



Grafica 5: fuente propia.

Bajo este entendido teórico la *tesis de la carga invertida de los derechos fundamentales* se apoya además en otro tópico que refleja Ferrajoli no solo desde la vista del *garantismo* ya que la carga en sí misma en un desvalor que refleja un *déficit de protección judicial* en muchos de los campos concretos de acción del derecho moderno, así como la falta de protección especial inclusive a veces desde el órgano que todos quisiéramos fuese siempre progresista (desde una ideología liberal) nos referimos a la Corte Constitucional. Esta tesis Ferrajoli la llama en un sentido amplio y general <<el derecho como ley más débil>> y en un sentido estricto desde el constitucionalismo como los derechos fundamentales como leyes o ley del más débil:

Por eso, bien podemos definir al derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Y podemos decirlo no solo de los derechos fundamentales, que son las leyes del más débil por antonomasia, sino de todo el derecho, tal como ha venido caracterizándose en su modelo garantista: del derecho penal, establecido en tutela de los asociados contra la arbitrariedad policial y judicial; del derecho laboral, establecido en tutela de los trabajadores contra el poder de los empleadores. (Ferrajoli, 2000, pp. 122-123).

La carga de los derechos fundamentales en Colombia refleja en primer lugar <<la no superación del reconocimiento formal de los derechos>>, es decir se estructura (i). Una primera carga en contra del ciudadano en el reconocimiento pleno de sus derechos inalienables, pensemos en el ejemplo que presenta la Sentencia C-277 de 2011 donde la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la Republica a legislar a favor del desarrollo legislativo de los derechos de la comunidad LGBTI. Aquí se presenta una primera carga en la que se obligó a soportar a aquel

ciudadano que considera su reconocimiento a la participación de este grupo poblacional en Colombia, ya que la Corte en esa oportunidad no cierra la complejidad sistémica en la interpretación constitucional dejando una “ratio decidendi abierta” y no concluyente.

La segunda carga (ii). *La carga formal de no reconocimiento pleno de los derechos* como la llamamos, en términos generales muestra un déficit de protección de los derechos fundamentales de una comunidad minoritaria o excluida como derechos de los más débiles, obligados a soportar las mayorías hegemónicas en los órganos de representación como Congreso de la Republica. (iii). La tercera la denominas *la carga de la activación de las garantías*, en esta toda vez que este tópico refleja verdaderos *casos difíciles* para el juez constitucional el ciudadano debe acudir a la vía especial de protección judicial de sus derechos fundamentales como lo es la acción de amparo o de tutela, ya aquí al ciudadano se le obliga a que soporte una tercera carga en la activación de las garantías. (iv). Y la cuarta la concebimos como *la carga de la lotería de la revisión constitucional*. En esta que continua la línea de la segunda en aras de la activación de las garantías procedimentales de los derechos fundamentales, no le garantiza al ciudadano de “a pie”, validando la expresión que el juez de tutela en primera o en segunda instancia le reconozca, declare y tutele los derechos fundamentales perseguidos de protección en la vista de amparo judicial, lo que expone al actor de tutela a una verdadera lotería ya que no le garantiza el mismo sistema jurídico, que su “caso” sea tomado para la eventual revisión en sede de la Corte Constitucional por sentencias T.

Finalmente desde la filosofía del derecho y la teoría jurídica contemporánea esta tesis a la que nosotros llamamos carga invertida de los derechos fundamentales en Colombia, configura lo que Alexy denomina en planos más meta-teóricos como la tesis de la *injusticia legal*, explicando que en los modernos sistemas jurídicos donde impere el *constitucionalismo* sobre el *legalismo* no es lo mismo hablar de ley que hablar de derechos, puede parecer un poco abstracta la explicación de Alexy pero en realidad los alcances son supremamente importantes para la concepción moderna del derecho especialmente del derecho después de la segunda posguerra, y es precisamente que en los casos dudosos ,difíciles o trágicos como los llama Atienza, la respuesta correcta para que el juez tome la decisión no se encuentra en la ley, no porque así no lo quiera el juez o porque sea una *crítica al modelo positivista* y refleje un imperativo caprichoso por la aplicación de un *modelo no-positivista del derecho*, la verdadera cuestión fundamental es que la respuesta no va a ser encontrara o dada por la ley por la sencilla razón, que la ley no la posee sea porque el dinamismo del derecho la ha dejado obsoleta y estática o porque sea una nueva realidad social (uniones entre parejas del mismo sexo-adopción¹¹ de parejas del mismo sexo, eutanasia, aborto, derechos indígenas,

¹¹ Desde una construcción eminentemente *principialistica*, y en apoyo de *la teoría de principios*, se evidencia a grandes rasgos los aportes del profesor Sergio Estrada, sin lugar a dudas, uno de los más grandes exponentes de esta concepción en Colombia. Particular mente sobre la defensa de la adopción de las parejas del mismo sexo, propone como fundamento teórico *el derecho a la diferencia*, más no *el derecho a la igualdad* como justificación-practica, para dotar de *garantías plenas* en dicho sentido a la comunidad LGBTI en nuestro país: “la vía de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo no es el principio de igualdad sino el derecho a la diferencia; advertir que la adopción se constituye en un medio de protección del derecho fundamental del niño a tener una familia y no una garantía de las parejas del mismo sexo; y recordar los peligros que se derivan de la realización de la ponderación cuando se asume como un medio único o racional de determinación de las decisiones en fase de control constitucional o de acción de tutela”. (p. 27). Estrada, S. (2011). *Dos ejercicios de*

protección de los derechos de las personas en condición de desplazamiento, reconocimiento de los derechos y prácticas ancestrales de las comunidades étnicas, etc.). Que requiera de regulación por parte del Estado desde su rama legislativa Alexy (2004) demuestra su tesis con una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania conocida como *el fallo sobre la creación judicial del derecho del año de 1973*, al tenor dice:

La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de poderes y, por lo tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho” (art.20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial. (pp. 17-18).

2.1. Tensiones teóricas entre el garantismo constitucional y el constitucionalismo principialista en la Europa de posguerra en el debate de los derechos

En el constitucionalismo de posguerra han surgido múltiples debates, en torno a la idea de protección de los derechos fundamentales, y de los escenarios de fundamentación a la estructura de las normas de derecho fundamental. Discusiones que han sido planteadas desde los escenarios metateóricos, teóricos, filosóficos, dogmáticos, disciplinares y finalmente concretos, es decir desde la materialidad misma de las disposiciones iusfundamentales.

En lo que hoy conocemos como constitucionalismo, dichas disputas han cobrado un papel preponderante, entre teóricos que defienden el concepto de derechos fundamentales, más hacia la reivindicación de un *derecho de los derechos fundamentales* en el Estado constitucional, o de un constitucionalismo de los derechos (Prieto Sanchís, 2013). Como normas estructuralmente vistas desde la óptica de las reglas¹², condicionadas a unos estándares interpretativos¹³, que si bien. Positivamente formales, condicionan normas y disposiciones de derechos fundamentales en las

ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19. Enero-Junio- Medellín, Colombia, pp. 21-40.

¹² Sobre la noción moderna de reglas, como el tipo de normas características de los sistemas jurídicos influenciados por el legalismo, o imperio de la ley, también entendido desde su perspectiva teórica como positivismo jurídico, se destaca la propuesta de Laporta (2007), que en su fundamentación sobre el concepto mismo de reglas, debate sobre la conceptualización propuesta por Dworkin, en la disputa por los principios como el tipo de normas investidas de un ropaje moral, y constitucionalmente conducidas a estructurarse como derechos fundamentales, sobre todo en las Constituciones la Europa de posguerra. Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley*. Editorial Trotta. Madrid, España. (p. 83).

¹³ Moreso (1997) defiende una *interpretación creativa del derecho*, donde la norma solo existe desde el contacto con el juez, quien debe decidir, la creación judicial del derecho esta no en la norma misma, sino en la acción que despliega el operador jurídico. (p. 212). Moreso, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. España.

mismas Constituciones a la lógica de aplicación legalista¹⁴, o estrictamente llevada por un *legalismo de los derechos*, por parte de los Tribunales Constitucionales. Dicha axiomatización va a estar ligada a la subordinación de los derechos al imperio de la ley.

En la otra orilla de la discusión, están aquellos teóricos que posicionan los derechos fundamentales, como normas no solo estructuralmente vistas desde la lógica principialista. Sino, que reivindican *el derecho por principios*¹⁵, como un escenario propio del Estado constitucional y democrático, estableciendo nuevos márgenes de acción para las decisiones judiciales, que pongan fin a conflictos y colisiones constitucionales. Donde validan la dimensión del peso o la importancia en palabras de Dworkin (1984), porque gracias a dicha característica propia de las normas de principio, el juez puede lograr otorgarle un contenido normativo concreto, a aquella norma, que en su fase más abstracta resulta indeterminada o con una gran textura abierta, no permitiéndole al juez constitucional, tomar la decisión bajo el mismo modelo de adjudicación ya aplicado *in extenso* en tiempos de Estado de derecho, específicamente en su esplendor decimonónico.

Hasta aquí podría parecer, que esta tesis, entraría en el campo de los acuerdos y desacuerdos, que en el escenario del constitucionalismo de aproximadamente siete décadas de construcción, han generado las múltiples teorías, tesis, postulados, posturas, enfoques, ideologías, filosofías y corrientes de pensamiento, de cada uno de los representantes que enarbolan las banderas, de lo que en estricto sentido iusfilosofico, tiene menos dos décadas. Realmente el constitucionalismo como teoría jurídica nace a partir de la apropiación de dicho término, por Pozzolo (1998) como madre de la expresión o acepción, y en sentido paternalista, la titularidad reposa en Comanducci¹⁶ (2002).

Desde la óptica eminentemente constitucional, el debate es aún más reciente, debido a que a partir de la distinción conceptual dentro de una defensa constitucionalista de los derechos fundamentales, Ferrajoli (2011). Plantea dos escenarios disímiles en la justificación no solo de la teoría de los derechos y la idea misma de las normas de derecho fundamental, sino en la visión y defensa de la Constitución. El profesor italiano denomina tal dicotomía, en *constitucionalismo garantista* y *constitucionalismo principialista*. En tal sentido, toda la construcción se orienta en determinar, la discusión en torno al neoconstitucionalismo o constitucionalismo; ahora desde

¹⁴ Una visión *legalista* representada en el derecho en la orilla del *Common Law*, y desde nociones actuales, es representada por las construcciones teóricas de Scott Shapiro (2014). Shapiro, S. (2014). *Legalidad*. Trad. Diego Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.

¹⁵ La noción *el derecho por principios* ha sido desarrollada por el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky (2009). en el ámbito jurídico-global de la discusión, y en perspectiva del Estado constitucional de derecho. Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

¹⁶ “como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular el estatismo, el legicentrismo, y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”. (Comanducci, 2002, p. 97).

una perspectiva más rigurosa en el abordaje de dicho tópico, que propone la idea de establecer peculiaridades propias de dos tesis totalmente contrarias defendidas bajo un mismo escudo.

En este orden de argumentos, la propuesta teórica de Ferrajoli en su constitucionalismo garantista, puede verse al menos, desde dos sentidos. (i). El primero de ellos orientaría la lectura, en mostrar la pretensión de Ferrajoli en dejar de ser rotulado como un constitucionalista, y evidenciar los desarrollos en su teoría neopositivista de los derechos fundamentales y de la Constitución. (ii). Y el segundo, denotaría la especial crítica dirigida y casi personalizada¹⁷ en contra de quien defendería la otra orilla del escudo, y que enarbolaría en otra rivera del canal, el pabellón del constitucionalismo principialista. Nos referimos específicamente a Alexy.

Concretamente la Crítica de Ferrajoli (2011) a Alexy es sobre su *pretensión de corrección*, el cual años más tarde, concretamente dos años después, contesta las críticas, no en clave directa a Ferrajoli, sino a los teóricos que defienden las nuevas concepciones iuspositivas o los postulados neopositivistas. “El argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección”. (Alexy, 2013, p. 18).

3. Diálogos jurisdiccionales en la garantía secundaria de protección de las normas iusfundamentales: marco España y Colombia.

La garantía secundaria de protección es aquella que se ejerce directamente en el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, se configura en *la tutela judicial efectiva* en el sistema jurídico de España y en *el derecho de acceso a la administración justicia* en el sistema jurídico colombiano. La Constitución de España, en su artículo 24.1 establece: <<todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. >>

Por su parte la Constitución de Colombia en su artículo 229. Dispone: <<Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. >>

En este orden conceptual, una lectura exegética y literalista, no llevaría a mayores problemas de interpretación, solo con la exclusiva aplicación del derecho en términos eminente subsuntivos, o silogísticos. La complejidad en la interpretación de las normas iusfundamentales, cambia a una intensidad alta o grave, o más bien, en palabras de Atienza (2012) de ser una caso fácil a convertirse en un caso difícil¹⁸, o como particularmente el profesor español, llama caso trágico,

¹⁷ “Añadiré que esta concepción tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo es sostenida no sólo por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza, sino también por algunos de sus críticos, como Michel Troper, iuspositivista estricto, para quien el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico”. (Ferrajoli, 2011, p. 22).

¹⁸ Atienza (2012, p. 24). Considera un caso difícil cuando, la resolución de una controversia jurídica particular, lleva al juez a una valoración más allá de la simple inferencia lógica de las premisas, o de los argumentos a favor o en contra de determinada norma a aplicar. Atienza, M. (2012). *Tras la justicia*. Editorial Ariel. Barcelona, España.

por la inevitable interpretación de la norma a concretizar, desde una lógica creadora de la misma función judicial, el derecho como creación judicial o la creación judicial de los derechos.

La creación judicial del derecho, se justifica primero conceptualmente, desde una <<*teoría de la interpretación* como procedimiento o método creador de la misma norma que busca interpretar el juez como actor participante>>, para finalmente, desde la práctica judicial, tutela judicial efectiva en España y jurisdiccional, del ámbito de protección del juez de amparo o constitucional de tutela en Colombia en la garantía del derecho, cuando resulte insuficiente tanto los ámbitos de protección positivos o normativos del tipo reglado y de la consagración de cláusulas o garantías en los textos constitucionales:

Si la interpretación nunca tiene como resultado proposiciones susceptibles de verdad o falsedad y dado que las proposiciones jurídicas presuponen la actividad interpretativa –la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas–, entonces la tesis lógica del escepticismo es adecuada y ello conlleva la tesis jurídica: nunca hay respuesta correcta para ningún caso, esto es, los jueces siempre crean y nunca aplican el derecho a los casos concretos. (Moreso, 1997, p. 212).

En los planos judiciales la creación judicial, se torna en la posibilidad no única y exclusivamente creadora de la norma y del derecho a aplicar por parte del juez, sino de las particularidades de la incorrecta aplicación de las técnicas y de los precedentes por parte de los operadores jurídicos. Tanto en España como en Colombia, existe un tópico que une los dos sistemas jurídicos, en cuanto a la necesidad de judicificación creadora del derecho por parte de los Tribunales Constitucionales, nos referimos a la suficiencia en la motivación de la decisión judicial, la justificación argumentativa del juez, que lleva a inclinar la balanza de su sentencia, en uno u otros sentidos.

Ilustraremos con dos ejemplos. En España, la Sentencia 101 de 1990 del Tribunal Constitucional, citada y mencionada por la doctrina española,¹⁹ lleva a pronunciarse sobre el recurso de amparo, derogando decisiones anteriores y declarando el derecho al accionante, peticionario o recurrente ante el juez constitucional, en declarar la vulneración y afectación del derecho al honor, ya que los derechos fundamentales nunca pueden entenderse de manera absoluta, solo puede limitarse en su aplicación cuando vulneran o lesionan otros derechos fundamentales. Siendo realmente lo ocurrido en la Sentencia 101 de 1990 del Tribunal Constitucional. Ya que la lesión se dio por los comentarios expresados por un periodista, que reivindicaba la persecución nazi hacia los judíos, en contra de una mujer cuyos familiares, habían fallecido en un campo de concentración en Auschwitz. Los derechos fundamentales en los que el periodista soportaba sus dichos, eran los consagrados el 16 CE. Libertad ideológica y el 20.1 CE. Libertad de expresión.

El ejemplo de Colombia. La Constitución de Colombia en su artículo. 13. <<Consagra una protección especial, a aquellas personas que por su condición mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta>>. Es el caso de Lucia, recurrente de un amparo constitucional que busca, que se le declare su derecho a la sustitución pensional de su madre,

¹⁹ Atienza, M. (2012), p. 41.

por su condición especial de debilidad manifiesta, contendida en una enfermedad mental de carácter permanente. A diferencia del caso español, el juez no actúa como Tribunal Constitucional, sino como juez unipersonal de tutela.

La complejidad en el proceso de resolución del caso, y de la posterior decisión judicial de primera instancia, se da; porque la *falla argumentativa del juez*, configura la incorrecta aplicación de los precedentes o sub-reglas constitucionales, que integran el sistema de fuentes en Colombia en virtud del artículo. 230. Constitucional. El error principal de fundamentación esta, en la aplicación de la Sentencia T-471 de 2014. El juez de primera instancia, confunde las instituciones jurídicas-procesales, de procedibilidad o requisito de procedibilidad de la acción de tutela, para conceder el amparo, por sustitución pensional a hijo invalido. Cuando la verdadera institución mencionada en el precedente de Tutela de la Honorable Corte Constitucional, configura son los requisitos para declarar y conceder de manera plena la pensión de sobrevivientes a favor de hijo inválido. Donde no se requiere recurrir ante otra instancia judicial. Imponiendo finalmente el juez constitucional de amparo, *cargas adicionales* que invierten las garantías secundarias de protección de los derechos fundamentales, prolongando el déficit de tutela judicial efectiva. Dilatan el cumplimiento del derecho de acceder a la correcta y veraz administración de justicia en Colombia. 229. Constitucional.

Bibliografía

- Alexy, R. (2003). *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Juris. Vol. 16 No. 2. pp.131–40.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.
- Atienza, M. (2012). *Tras la justicia*. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- Botero, A. (2006). *Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores)*. Opinión Jurídica, V. 5, No. 9. pp. 33-61.
- Comanducci, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomía. N°. 16. pp. 89-112.
- Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio. Trad. Albert Calsamiglia. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- Estrada, S. (2011). *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19. pp. 21-40.
- Ferrajoli, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Ferrajoli, L. (2006b). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 29. pp. 15-31.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Lopera, M. (2004). *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Área de teorías del derecho escuela de derecho – Universidad Eafit. Medellín, Colombia.

- Moreso, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. España.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 21. Vol. II. pp. 339-353.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Shapiro, S. (2014). *Legalidad*. Trad. Diego Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.